



**Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª).**  
**Sentencia núm. 527/2011 de 24 octubre**

[JUR\2011\394507](#)

**CONTRATOS BANCARIOS:** contrato de permuta de tipos de interés o «swap»: nulidad: procedencia: información generadora de vicio en el consentimiento al inducir a error sobre el producto financiero: producto financiero complejo: error esencial al afectar a la obligación principal del contrato o pago en función de la relación entre tipos de interés y referencia, al cálculo de su importe y a las características del producto de alto riesgo: error sustancial al afectar a un elemento esencial del contrato, y excusable para el consumidor a partir de su carencia de formación financiera y de la confianza con el apoderado de riesgos del banco.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación núm. 305/2011

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. celso joaquín montenegro vieitez

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00527/2011**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 305/11**

**Asunto: ORDINARIO 65/10**

**Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 PONTEVEDRA**

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

**D. CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIEITEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.527**

En Pontevedra a veinticuatro de octubre de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 65/10, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 305/11, en los que aparece como parte apelante-demandado: BANCO GALICIA SA representado por el procurador D. PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ y asistido por el Letrado D. GONZALO MATO BARREIRO, y como parte apelado-demandante: D. Leovigildo, representado por el Procurador D. LUIS RAMÓN VALDÉS ALBILLO, y asistido por el Letrado D. ALBERTO SALAZAR VIÑAS, sobre contrato de permuta financiera, y siendo Ponente el Magistrado-Suplente Ilmo. Sr. **D. CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIEITEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra, con fecha 23 diciembre 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando la demanda presentada por el Procurador Don Pedro Sanjuán Fernández, en nombre y representación de Don Leovigildo, contra BANCO DE GALICIA SA, representado por el Procurador Don Pedro Antonio López López, debo declarar la nulidad del contrato denominado "de permuta financiera de tipo de interés ("irs") doble barrera", celebrado entre las partes el 12 de mayo de 2008, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones, para cuyo cálculo se partirá de las liquidaciones producidas ya en el momento de la presentación de la demanda y de las que, a tenor del contrato, se hayan producido con posterioridad y hasta la ejecución de la sentencia conforme a las estipulaciones contractuales, deduciendo de las cantidades que el banco haya de devolver las cantidades percibidas por el demandante según tales liquidaciones.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Banco de Galicia, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día nueve de junio para la deliberación de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

En el presente proceso se formula demanda por D. Leovigildo contra Banco de Galicia, S.A. en pretensión de que se declare la nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés con número 264-0000005, con fecha de vencimiento 4 de Junio de 2012, y se condene a la demandada a abonar al demandante la cantidad de 3.530,12 euros, sin perjuicio de las cantidades que el demandado siga descontando desde la interposición de la demanda hasta el fin del procedimiento por el mismo concepto y a causa de dicho contrato. Se ejercitan tales pretensiones con base sustancialmente en la concurrencia de un vicio del consentimiento.

La sentencia de instancia estima la demanda apreciando, después de una extensa exposición de las cuestiones jurídicas planteadas, que la información facilitada al cliente ahora demandante no fue la precisa para que aquel pudiera formar correctamente su voluntad negociadora, tratándose el contrato litigioso de un producto financiero complejo y de riesgo.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandada y que sustenta en la consideración de que el demandante firmó el contrato voluntariamente y con perfecto conocimiento de cuál era su contenido, siendo claros los términos y efectos interpartes que producía, concluyendo el banco apelante que

"lo que subyace en esta litis no es que no se entendiera o no se explicara correctamente el producto, sino que como el resultado del contrato no ha sido el que la parte demandante esperaba, pretende desligarse de él sin contraprestación por su parte. Es decir, el problema surge cuando la evolución de los tipos se invierte y el producto no resulta tan atractivo como en el momento de la contratación"

### SEGUNDO

Ciertamente el supuesto de hecho que se enjuicia es relativamente simple, por cuanto resulta incontrovertido que el contrato litigioso se firmó a posteriori de la rúbrica y perfección de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que grava el bien inmueble sobre el que el actor, junto con su esposa, están construyendo una vivienda unifamiliar cuya financiación, precisamente, perseguían con la celebración de tal contrato de préstamo. El demandante y ahora apelado sostiene que se le indicó verbalmente que el contrato de permuta financiera serviría "para evitar riesgos en el pago de la hipoteca", negando que se le informase sobre la esencia del contrato, sus cláusulas ni los posibles perjuicios que le podía deparar, informándole únicamente de los beneficios del mismo, si bien no negó su firma -dijo haber firmado muchos papeles- en los documentos aportados en el acto de la audiencia previa por la demandada (folios 95 a 99), en los que consta que el cliente reconoce haber sido informado que el producto puede no ser adecuado a sus conocimientos y experiencia,

"y tras haber sido informado sobre la naturaleza y los riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuenta propia, de forma libre e independiente, y con base en sus propias estimaciones, contratar el producto/servicio DERIVADOS TIPO DE CAMBIO -CAP, COLLAR, CALL-, DE TIPO INTERÉS, CCVO"

; así como que ha recibido un ejemplar completo de las condiciones generales para la prestación de servicios de inversión, aceptando en su integridad las citadas condiciones.

El contrato litigioso reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos.

Si bien la finalidad que normalmente se persigue con la concertación de dichos contratos es la de posibilitar a las empresas la cobertura o mejora de la deuda financiera (convenida muchas veces sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable) ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés, la suscripción de aquellos por los clientes también puede responder a una motivación de índole meramente especulativa.

Según la doctrina científica, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de un contrato principal, atípico, bilateral, sinalagmático y aleatorio, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los períodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato.

En concreto, el contrato de litis viene a estructurarse en unas condiciones generales o contrato marco, idénticas para todos los productos financieros susceptibles de contratación con la entidad bancaria demandada, y unas condiciones particulares individualizadas para cada tipo de producto financiero contratado por el cliente en el ámbito de las condiciones generales o contrato marco.

Como ya señalamos en nuestras sentencias de 7 Abril 2010 , 14 Abril y 30 de Septiembre de 2011 , nos encontramos ante unos productos financieros complejos, difíciles de entender para la mayoría de la gente. Que, por lo demás, están diseñados de tal forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés. Decíamos en nuestra sentencia de 7 Abril 2010 que:

En el momento de suscripción de los contratos estaba vigente la

Ley 26/1984, General

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Las mercantiles apelantes se constituyen en su relación contractual con Bankinter como parte débil o consumidor de un producto o servicio financiero, siendo a todos los efectos el destinatario final del bien o servicio, no destinándose éste a su uso comercial, ni integrándolo en ningún proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Teniendo, por lo tanto, el carácter legal de consumidor. Siéndole plenamente de aplicación las disposiciones contenidas tanto en la Ley 26/1984, General

para la Defensa de Consumidores y Usuarios como en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales para la Contratación. Entre ellas, los arts. 10-1

c) y 10 bis-1 de la LGDCU, según las cuales las cláusulas generales deben cumplir con los requisitos de la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye las cláusulas abusivas, esto es, todas aquellas estipulaciones que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En cuanto a la valoración de la Juzgadora acerca de la claridad, transparencia y sencillez de las cláusulas de los contratos litigiosos, hemos de decir que dichos contratos de swaps o permutas financieras han sido considerados por los expertos como contratos o productos complejos.

Asimismo, a tenor del contenido del art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores

, resulta indudable el carácter de cliente minorista que cabe atribuir a las entidades demandantes, y, en consonancia con dicha consideración, habrá de reconocérsele la mayor protección que expresamente establece dicha ley.

Así, la entidad bancaria que preste servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, debe obtener del cliente la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esa información se plasma en los denominados test de idoneidad y de conveniencia

(arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/2008

).

Si el producto es de los considerados complejos, como es el caso de los derivados financieros

(art. 79 bis 8 LMV

), aún cuando la iniciativa parta del cliente la entidad está obligada a realizar el test de conveniencia.

No es esto precisamente lo que ha hecho Banco de Galicia con el demandante. Como se desprende del interrogatorio de éste y de la prueba testifical, especialmente de la de D. Carlos Miguel, por aquel entonces apoderado de riesgos de la oficina donde se concertó el contrato litigioso y persona con la que el actor trató directamente, la información que se le proporcionó fue la que el Sr. Carlos Miguel estimó pertinente y en la forma que creyó conveniente después de ofrecerle el producto financiero, según se le indicó, para cubrir al Sr. Leovigildo frente a las posibles subidas de interés, vinculándolo así directamente con el préstamo con garantía hipotecaria que ya había sido concertado. Si una cosa quedó evidenciada con ambas pruebas practicadas en juicio es, de un lado, que el demandante carece de conocimientos en el ramo como para entender y valorar por sí mismo un contrato bancario como el que aquí nos ocupa, puesto que se trata de un profesional de la mecánica de automoción que -y el visionado del soporte videográfico de la vista lo constata- pensaba que había celebrado un contrato de seguro, confundiendo la prima con lo que son las liquidaciones de derivados surgidas del swap; y, de otro, la insuficiencia de la información proporcionada, puesto que el propio testigo Sr. Carlos Miguel reconoció que, aunque le explicó cómo funcionaba el producto de la forma más sencilla posible, "quizás" se debió haber explicado las posibles consecuencias liquidatorias del contrato con ejemplos numéricos, resultando harto significativo que, a preguntas de la Jueza, llegara a afirmar que el actor, con la información que le proporcionó el banco, no se podía imaginar que pudiese tener una pérdida ni siquiera de mil euros. Y no olvidemos que estamos hablando de un producto financiero de complejidad contrastada, es más, en el caso sometido a enjuiciamiento el swap litigioso presenta una importante complejidad, puesto que así lo reconoció el propio Sr. Carlos Miguel, quien en sala se mostró sorprendido cuando se detuvo a leer con detenimiento las condiciones del contrato.

Por otra parte, la entidad bancaria demandada ha aportado una serie de documentos que, obrantes a los folios 95 a 99, integran una serie de formularios firmados por el actor acerca de haber recibido información sobre el contenido y naturaleza del contrato y la entrega de las condiciones generales, pero que en modo alguno, más allá de lo ya manifestado, acreditan cuál es la verdadera y real información que se ha dado al cliente, ni cuál ha sido el test de idoneidad o, en su caso, de conveniencia, según el artículo 79 bis, apartados 6 y 7 respectivamente, según se incluya o no servicio de asesoramiento. En ninguno de los documentos aportados por la demandada aparece algún cuadro con preguntas sobre la idoneidad y conveniencia de estos contratos para el cliente, clasificándose al mismo, en todo caso, como de nivel 2, esto es, "con experiencia con productos financieros no complejos", lo que redundaba en lo ya expuesto con anterioridad en torno a la falta de una explicación completa y real del tipo de producto y sus riesgos, haciéndosele creer al cliente que se firmaba un contrato que entrañaba una especie de seguro para evitar las fluctuaciones de intereses variables.

No constando cualificación alguna del demandante en relación con los conocimientos precisos de este tipo de productos financieros, no se ha acreditado que tenga preparación suficiente para comprender la complejidad del contrato, sin que recibiera una explicación completa y real del tipo de producto y sus riesgos.

Pero, es más, en el supuesto de hecho que nos ocupa, a la propia naturaleza, objeto y contenido del contrato ha de agregarse, si cabe, una redacción confusa de su clausulado.

Así, tras reconocerse las partes mutuamente

"capacidad legal suficiente para otorgar el presente contrato"

, exponen el objeto del mismo, cual es el acuerdo de

"intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar las condiciones pactadas sobre un Importe Nocial y durante un Período de Duración acordado"

Como condiciones particulares se estipula lo siguiente:

"Información al cliente sobre la negociación con derivados. Se informa al Cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del Cliente al dorso de este documento como

confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de las operaciones swap bonificado doble barrera objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que en conforme a la evolución que experimente el Tipo de Interés Variable durante la vigencia de la operación, el Cliente puede tener que pagar una cantidad superior a la que le corresponda cobrar por las liquidaciones correspondientes sobre el Importe Nocial. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera"

La evidente oscuridad de la cláusula, cuya interpretación nunca debe favorecer a la parte que la ha redactado originando la oscuridad (artículo 1288 del código Civil ), no se ve solucionada con las definiciones que contiene el punto primero del apartado dedicado a las "Condiciones Generales". Veamos:

El Importe Nocial es definido como

"cantidad/es especificada/s en la correspondiente divisa, recogidas en la tabla, y especificada/s como tal/es y que podrá/n ser un importe teórico o el importe de un activo subyacente y sobre la que se aplicarán en la cifra vigente en cada período el Tipo Fijo 1, el Tipo Fijo 2 y el Tipo Variable para el cálculo de la/s liquidación/es correspondiente/s para cada Período de liquidación contratado"

La Permuta Financiera de Tipos de Interés Bonificado Doble Barrera, se define como

"operación de derivados que consiste en un contrato mediante el cual dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables durante un cierto período de tiempo sujetos a las condiciones especiales pactadas"

A renglón seguido se contienen las siguientes definiciones de los diferentes tipos empleados durante la vigencia del contrato:

"Tipo Barrera 1: es el tipo de interés cuya superación por parte de Tipo Variable en las fechas correspondientes determina la aplicabilidad de Tipo Fijo 1 en la Cantidad a Pagar anulando el derecho del Comprador a pagar el Tipo Variable menos la bonificación en dicho período.

Tipo Barrera 2: es el tipo de interés cuya no superación por parte de Tipo Variable en las fechas correspondientes determina la aplicabilidad de Tipo de interés Fijo 2 en la Cantidad a Pagar anulando el derecho del comprador a pagar el Tipo Variable menos la bonificación en dicho período.

Tipo Fijo 1: es el tipo de interés que está dispuesto a pagar el Comprador respecto del Importe Nocial vigente en cada Período de liquidación durante el plazo de contratación bajo las condiciones pactadas, cuando el Tipo Barrera 1 es menor que el Tipo Variable.

Tipo Fijo 2: es el tipo de interés que está dispuesto a pagar el Comprador respecto del Importe Nocial vigente en cada Período de liquidación durante el plazo de contratación bajo las condiciones pactadas, cuando el Tipo Barrera 2 es mayor que el Tipo Variable.

Tipo Variable: tipo de interés variable aplicable al Importe Nocial vigente en cada período para la obtención de las cantidades a pagar o cobrar, cuyo importe puede variar bajo las condiciones pactadas"

Finalmente, por su indudable interés y trascendencia, se ha de reseñar igualmente el apartado segundo de las condiciones generales del contrato tipo, donde se estipula el cálculo:

"mediante la contratación de esta operación, se producirá el pago de una cantidad por parte del Vendedor al Comprador (o del Comprador al Vendedor) que se calculará conforme a la siguiente fórmula:

$CT = CP - CR.$

Si  $CP > CR$  el Comprador paga al Vendedor la diferencia resultante. En cambio si  $CP < CR$  el Comprador recibe del Vendedor la diferencia resultante. Siendo:

CT: Cantidad Total o cantidad a pagar por Comprador o Vendedor, según corresponda, en cada período.

CP: Cantidad a Pagar o  $IT \times TF1 \times PR / N$  ó  $IT \times TF2 \times PR / N$  ó  $IT \times TV - \text{Bonificación} \times PR / N.$

CR: Cantidad a Recibir ó  $IT \times TV \times PR / N.$

IT: Importe Nocial vigente en el período.

TV: Tipo de interés variable de referencia (en % anual) tomado dos días hábiles antes de la fecha de revisión de cada período de liquidación, según el calendario TARGET publicado por el BANCO CENTRAL EUROPEO.

TF: Tipo de interés Fijo (en % anual). Puede ser TF1 o TF2, según sea aplicable.

PR: número de días del período de liquidación, conforme a la base.

N: Base de liquidación, es decir 360 o 365

La cantidad resultante se hará efectiva mediante abono o adeudo en la Cuenta Vinculada del Comprador, según corresponda, en función del cálculo efectuado al vencimiento de cada Período de Liquidación o en el momento de resolución anticipada del contrato, si ésta se produjese"

### TERCERO

En su relación contractual con el banco demandado, el demandante ostenta indudablemente la condición legal de consumidor, lo que le otorga un mayor grado de protección que el que se dispensa normalmente a cualquier persona en el

ámbito de la concertación de un negocio jurídico.

A la vista de la fecha de concertación del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) bonificado doble barrera, que tuvo lugar el día 12 de Mayo de 2008, le sería de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre , que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Y ello sin excluir la procedencia de un singular amparo en la contratación, como cliente, con el banco demandado con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar con tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48-2, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, siquiera en términos de mera generalidad, sienta como una de las bases que deben presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela que los correspondientes contratos se formalicen por escrito debiendo los mismos reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación.

Sin que tampoco sea dable el olvidar que en relación a las condiciones generales de los contratos, la Ley 7/1998, de 13 de abril , rechaza todas aquellas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, al punto de poder ser decretada su nulidad de pleno derecho si ocasionan un perjuicio a la parte adherente del contrato.

Por su parte, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran los contratos de permuta financiera de tipo de interés (cual el litigioso), con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no. Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , mas de aplicación al caso- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos

#### CUARTO

Atendiendo a la antecedente normativa protectora de pertinente aplicación a la relación contractual, añadiendo al respecto la mayor protección del derecho de consumo, el siguiente paso es analizar si pudo haber sido vulnerada en el supuesto contemplado.

De partida, en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (en tal sentido, sentencia AP Valencia, de fecha 26-4-2006 ).

De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que la información acerca de la naturaleza jurídica y características del producto bancario objeto de contratación fue harto insuficiente.

Por lo demás, como señalamos en nuestra sentencia de 7 abril 2010 , en relación a la oportuna información que una entidad bancaria debe proporcionar a sus clientes con ocasión de la contratación de un producto financiero de la índole del litigioso, de las Resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, cabe extraer, entre otras, las siguientes consideraciones:

1.- El contrato de intercambio de tipos/cuotas o de permuta financiera de tipos de interés, constituye un producto financiero cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad.

2.- Por ello, para su comprensión y correcta valoración se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

3.- Se trata de un producto que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.

4.- Entre la clientela tradicional, conocedora de los productos típicamente bancarios que han venido siendo comercializados tradicionalmente por las entidades bancarias en nuestro país, resulta lógicamente difícil de comprender el alcance económico que en determinadas circunstancias pueden tener, movimientos bruscos en los mercados o la decisión de cancelar antes del

vencimiento.

Es por ello que las entidades, que son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a su clientela, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera de su cliente, a fin de que éste comprenda, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión, y estime si ésta es adecuada, o si le va a poner en una situación de riesgo no deseada.

5.- En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: a) el hecho de que, bajo determinados escenarios de evolución de los tipos de interés (bajistas), las periódicas liquidaciones resultantes de las cláusulas del contrato pueden ser negativas, en cuantías relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y cobrar en cada mensualidad; y b) en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el período residual de vigencia de la permuta financiera.

#### QUINTO

Por lo que respecta a la influencia de la falta de información por parte del banco demandado acerca de las características del producto financiero ofrecido y suscrito por el demandante en orden a la posible apreciación de un vicio de consentimiento determinante de una situación de nulidad contractual, sirven muy bien como introducción al tema, como ya se dijo en la sentencia de esta misma Sección dictada el día 7 de Abril de 2010, las consideraciones realizadas en la sentencia del JPI num. 6 de Gijón, de fecha 21-1-2010, con ocasión de la resolución de un caso análogo al aquí planteado, del siguiente tenor: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conecedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En el caso sometido a enjuiciamiento ha existido un claro vicio de consentimiento por causa de error en el objeto. Así, conviene recordar la doctrina jurisprudencial clásica que interpreta el artículo 1266 del Código Civil, y que establece como requisitos de la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento, que el error sea esencial e inexcusable, que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de Septiembre de 1996 en la que se señala lo siguiente: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1978 que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -artículo 1261-1º y sentencias de 16 de diciembre de 1923 y 27 de octubre de 1964 - que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar - sentencia de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944 - que no sea imputable a quien la padece -sentencias de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado - sentencias de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963 ". De otra parte, como recoge la sentencia de 18 de febrero de 1994, según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 del Código Civil; es inexcusable el error ( sentencia de 4 de enero de 1982 ), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada por la declaración".

Pues bien, en primer lugar el error que se aprecia es esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre los tipos de interés y la referencia), al cálculo de su importe y la característica de producto de alto riesgo del mismo.

En segundo lugar, es sustancial en cuanto que afecta a un elemento nuclear del contrato y determina la cantidad ahora reclamada. En esta línea, ya hemos aludido a la falta de información concurrente e imputable a la entidad bancaria, la cual venía obligada a facilitar que el cliente adquiriera plena conciencia de lo que contrata.

En tercer lugar, se trata de un error excusable para el demandante, persona carente de formación como para entender y valorar el contrato litigioso y que, a partir de la relación de confianza con el apoderado de riesgos de la oficina bancaria, Sr. Carlos Miguel, concertó el negocio en la creencia de que era un producto dirigido a asegurarse frente a eventuales subidas de tipos de interés que incrementasen la onerosidad del préstamo con garantía hipotecaria que en fechas antecedentes había perfeccionado. Indudablemente -y a las cláusulas transcritas nos remitimos- se trata de un contrato complejo y difícil de analizar, con cláusulas oscuras que destilan fórmulas ciertamente difíciles de entender para un ciudadano medio como el demandante.

En definitiva, debe entenderse que concurrió error en el objeto por parte del demandante-apelado a la hora de contratar la permuta financiera de tipos de interés bonificado doble barrera, siendo nulo el consentimiento prestado (artículo 1265 del Código Civil ), faltando, por ende, uno de los elementos esenciales del contrato. En virtud de lo dispuesto en los artículos 1261 y 1300 del mencionado texto legal, el contrato en cuestión ha sido certeramente declarado nulo por la Juzgadora de instancia, motivo por el cual el recurso ha de ser desestimado.

#### SEXTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales de esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante al ser totalmente desestimadas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### FALLAMOS

Primero

#### PRIMERO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Pedro López López, en nombre y representación de la entidad mercantil Banco de Galicia, S.A., contra la sentencia de fecha 23 de Diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra .

Segundo

#### SEGUNDO

Confirmar en su integridad la reseñada resolución apelada.

Tercero

#### TERCERO

Imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Cuarto

#### CUARTO

Acordar la pérdida del depósito constituido a los efectos de interposición del recurso, al que se dará el destino legalmente previsto.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.